

## **PODER DISCRICIONÁRIO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

### **I. O ESTADO E A VINCULAÇÃO À LEI**

1. A noção de poder discrecionário está ligada ao princípio da legalidade, que é, por sua vez, conatural ao Estado de Direito e um dos seus principais pilares de sustentação. No Estado de Direito há necessariamente a submissão de toda atividade pública a uma rede ou malha legal, cujo tecido não é, entretanto, homogêneo. Por vezes ela é composta por fios tão estreitos, que não deixa qualquer espaço aos órgãos e agentes públicos que lhes estão submetidos. Outras vezes, porém, os fios dessa rede são mais abertos, de modo a permitir que entre eles exista liberdade de deliberação e ação. Certo, num modelo ideal, o Estado de Direito estaria a exigir que os executores da lei, fossem eles juízes, administradores ou legisladores (suposta, neste último caso, a existência de uma lei superior), se limitassem a ser aplicadores mecânicos dos comandos contidos na norma. A metáfora da boca que pronuncia as palavras da lei, da passagem célebre de Montesquieu, exprime esse anseio de onisciência e de onipresença, a um tempo só, do legislador e da lei. Esta, mesmo nas minúcias da sua aplicação concreta, do executor só deveria ter o braço e a voz, mas nunca o cérebro, a colaboração integradora da sua inteligência e da sua vontade. Na submissão dos órgãos e dos agentes públicos à “vontade geral” expressa na lei estaria assim eliminada (como também de resto, de toda a superfície do Estado), de forma absoluta, a voluntas individual do governante, do administrador, do juiz e, em certas hipóteses, até mesmo do legislador (quando houvesse uma lei mais alta a respeitar), substituída sempre por uma ratio objetiva, que lhe é preeminente e condicionante, contida na norma legal.

2. Essa é, no entanto, uma imagem do Estado de Direito que só existe no mundo platônico das idéias puras. O Estado de Direito que é conhecido da experiência histórica é aquele em que a sujeição da ação estatal à lei não significa sempre execução automática dos preceitos que a integram. É preciso distinguir, neste particular, diversos graus de liberdade de ação que, diante da lei, têm os órgãos do Estado. Assim, a liberdade do Poder Legislativo é consideravelmente maior da que a concedida aos órgãos do Poder Executivo ou da que tem o Poder Judiciário. O Poder Legislativo, no exercício de sua função típica, não está, em princípio, obrigado a agir. Conquanto haja uma tendência recente a restringir essa liberdade, como o revela o instituto da inconstitucionalidade por omissão - construção jurisprudencial do Tribunal Federal

Constitucional, da República Federal da Alemanha, incorporado às Constituições

de Portugal (art. 283, 29) e do Brasil (art. 103, 29), que o complementou ao criar o mandado de injunção (art. 59, LXXI) - mesmo assim não se admite que qualquer outro Poder do Estado, e muito menos que os indivíduos, obriguem o Legislativo a legislar.

3. No outro extremo do quadro, como Poder de mais estrita vinculação à Lei, está o Judiciário. É por todos sabido, entretanto, que a vinculação do juiz à lei não faz dele um robô. A aplicação da norma ao caso concreto abre espaço, frequentemente, a uma atividade criadora do juiz ou do intérprete. A imensa obra de construção jurisprudencial do Conselho de Estado, na França, é exemplo eloquente do que acabamos de afirmar. Tornou-se uma obviedade dizer que criar direito é função que não foi apenas exercida pelos magistrados romanos, ou que não é apenas exercida pelos juízes dos sistemas jurídicos da common law, mas é função ínsita ao desempenho da tarefa judicante. Nas últimas décadas voltaram a mostrar isso, de forma mais extensa e precisa do que tinha sido feito no passado, os inúmeros trabalhos produzidos na esteira das investigações de Viehweg, Esser, Larenz e Perelman.

Por outro lado, a própria forma jurídica, por vezes, concede ao juiz o poder de escolher ou mesmo de criar, como remédio para a situação concreta, a medida que lhe pareça mais conveniente e oportuna. Exemplo disso - além dos exemplos escolares da jurisdição graciosa e da graduação da pena no direito criminal - é o art. 798 do Código de Processo Civil Brasileiro, que concede ao juiz o poder cautelar geral, ou seja, o poder de adotar, na defesa do interesse dos litigantes, a providência acauteladora que considere, para esse efeito, mais adequada, mesmo sem provocação de qualquer das partes.

4. No que diz respeito ao Poder Executivo, quanto à vinculação à lei, é ele, por certo, menos livre do que o Poder Legislativo, mas, se comparado com o Judiciário, goza de uma margem de liberdade incomparavelmente maior. O Judiciário age, ordinariamente, por provocação das partes. Ele atua, por assim dizer, sobre o passado, resolvendo litígios entre os sujeitos de direito. Em razão disso, e como decorrência do princípio da segurança jurídica, cuidam as leis de definir com a máxima precisão possível as normas de direito formal que hão de ser observadas pelo Poder Judiciário. A função criadora do juiz, fora das hipóteses excepcionais, algumas delas aqui já referidas, pode-se dizer que se exaure na atividade interpretativa, não sendo dado ao julgador, em princípio, pelo menos nos sistemas chamados de Direito Romano, diante do caso concreto, escolher qual a solução que, a seu juízo, seria a mais conveniente, adequada e oportuna. Tudo se passa diferentemente com o Poder Executivo, a quem incumbe, primordialmente, o exercício da função administrativa. A administração pública é voltada para o futuro. No Estado contemporâneo, extremamente complexo, seria impensável que a lei sempre determinasse, até os últimos pormenores, qual deveria ser o comportamento e a atuação dos diferentes agentes administrativos. A noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador.

Por certo, não prescinde a Administração Pública de uma base ou de uma

autorização legal para agir, mas, no exercício da competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se visualizado o Estado globalmente, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público.

5. Evidentemente, há setores dentro do Poder Executivo em que a vinculação à lei é mais estreita e outro em que ela é mais frouxa. Na Administração Pública, que se realiza exclusivamente sob regras de Direito Público, como é o caso da chamada administração coercitiva (a Eingriffsverwaltung, do direito alemão), a que se contrapõe a Administração prestadora de benefícios (a Leistungsverwaltung), a vinculação à lei e à submissão ao princípio da legalidade são consideravelmente maiores e mais intensas do que as que se verificam quando a Administração Pública atua sob o comando de regras do Direito Privado Administrativo (i.e., do regime jurídico em que as normas que o integram são predominantemente de Direito Privado, mas a que se misturam, também, alguns princípios e regras de Direito público. Ao Direito Privado Administrativo sujeita-se, por exemplo, no Brasil, boa parte da administração prestadora de benefícios, a qual muitas vezes tem como instrumentos pessoas jurídicas de Direito Privado, como as sociedades de economia mista, as empresas públicas e muitas fundações instituídas pelo Poder Público. Os órgãos e entidades da Administração Pública, centralizada ou descentralizada, quando atuam sob regras de Direito Privado não estão, como sustentaram alguns, em terreno onde o princípio dominante é o da autonomia da vontade e libertos, por conseguinte, do princípio da legalidade. Tem-se hoje como assente que o princípio da legalidade cobre e compreende toda a Administração Pública, seja ela exercida com vestes de Direito Público ou de Direito Privado. Apenas, como já foi aqui ressaltado, neste último caso a rede legal é mais aberta, deixando mais espaço à contribuição criadora dos agentes públicos na realização das tarefas do Estado.

## II. CONCEITO DE PODER DISCRICIONÁRIO

6. Ao fixarem as leis as diferentes competências dos órgãos do Estado, se muitas vezes indicam com exatidão milimétrica qual deverá ser a conduta do agente público, em numerosíssimas outras lhes outorgam considerável faixa de liberdade, a qual pode consistir não só na faculdade de praticar ou de deixar de praticar certo ato, como também no poder, dentro dos limites legais, de escolher no rol das providências possíveis aquela que lhe parecer mais adequada à situação concreta. O elenco de providências, conforme dispuser a norma, poderá ser maior ou menor. Determinada norma estabelecerá, por exemplo, a possibilidade de eleição entre as medidas de A até Z; outra apenas entre as medidas de A até F; outra entre as medidas A, B e C; outra entre A e B; e outra, finalmente, apenas a possibilidade de escolher entre praticar ou não praticar o ato.

7. Esse poder de escolha que, dentro dos limites legalmente estabelecidos, tem

o agente do Estado entre duas ou mais alternativas, na realização da ação estatal, é que se chama poder discricionário. Poder discricionário é poder, mas poder sob a lei e que só será válida e legitimamente exercido dentro da área cujas fronteiras a lei demarca. O poder ilimitado é arbítrio, noção que briga com a do Estado de Direito e com o princípio da legalidade que é dela decorrente.

O poder discricionário vem, geralmente, indicado nas leis que definem a competência dos órgãos e agentes públicos pelas expressões “poderá”, “é autorizado”, “permite-se”, ou semelhantes. Ao conceito de poder discricionário contrapõe-se o de competência vinculada ou ligada, referido aos casos e situações em que o Estado está estritamente submetido à lei, não cabendo ao agente público qualquer margem de liberdade.

8. Estabelecido sinteticamente o que seja poder discricionário, será necessário precisar melhor os contornos da noção. Dir-se-á, talvez, que poder discricionário existe tanto no Legislativo, quanto no Judiciário e no Executivo. , porém, ocasião de mostrar que não tem o legislador uma competência vinculada, no exercício da sua função precípua. Não pode ser, em nenhuma hipótese compelido a legislar. Cabe-lhe sempre, por conseguinte, a liberdade de decidir. Ora, o conceito de poder discricionário só tem sentido e só adquire expressão prática quando posto em contraste com outras situações em que o agente do Estado tem o dever jurídico de atuar ou de omitir-se, e pode ser compelido a isso. Relativamente ao Judiciário também já dissemos que a tarefa dos seus agentes consiste ordinariamente na aplicação de regras jurídicas a que estão vinculados de forma estrita, competindo-lhes interpretá-las e fazer a subsunção da situação concreta na generalidade do preceito. Excepcionalmente, tem o juiz, entretanto, possibilidade de eleger a alternativa que, considere mais consentânea com a realização da justiça material e mais adequada ao caso concreto, utilizando-se dos critérios de oportunidade e de conveniência, como, por igual, registramos anteriormente. Há aí, a rigor, poder discricionário. Trata-se, porém, repita-se, de exceção. O exercício do poder discricionário, por mais relevantes que sejam as situações em que ele se manifeste, é sempre uma atividade secundária, marginal ou periférica desempenhada pelos órgãos judiciais. Além disso, o problema do poder discricionário é tratado e definido sob dois ângulos. Um deles, é o da vinculação do Estado à lei; outro é o da impossibilidade de controle, pelo Poder Judiciário, dos atos que dele resultem. No pertinente aos atos de exercício de poder discricionário praticados pelos juízes no desempenho da função judiciária, são eles geralmente revisáveis pela instância superior, o que os faz, quando menos neste aspecto, diferentes dos atos administrativos que expressam aquele mesmo poder.

Já se vê , portanto, que é o Executivo, cujos órgãos se ocupam predominantemente da função administrativa, o campo por excelência do poder discricionário, onde coexiste harmoniosamente com a chamada competência vinculada ou ligada. 9. O poder de escolha, característico do poder discricionário, relaciona-se com o “se” e com o “como” da ação administrativa ou com ambos. O Poder de eleição entre prati-

car ou deixar de praticar determinado ato (escolha quanto ao “se”) exprime a margem mínima de poder discrecionário.

Costumam os autores alemães afirmar que o poder discrecionário manifesta-se sempre no plano da consequência jurídica ou dos efeitos jurídicos (Rechtsfolge), havendo uma espécie de poder discrecionário que se verifica na decisão referente à adoção ou não de uma medida determinada (Entscheidungsssermessen) e outra que se relaciona apenas com a escolha do ato a ser praticado, dentre as alternativas possíveis (Auswahlermessen). Quanto a esta última distinção, ela corresponde à que aqui já foi feita, quando falamos do poder discrecionário pertinente ao “se” e ao “como” do ato da administração. A rigorosa separação realizada pela doutrina alemã entre suporte fático legal (Tatbestand) e consequência jurídica ou efeito jurídico (Rechtsfolge) revela, entretanto, uma visão positivista e excessivamente mecanicista do processo de aplicação da norma aos fatos, como se existisse uma nítida linha divisória entre o plano jurídico e o plano dos fatos e como se o direito não resultasse de um processo interintegrativo ou de uma tensão dialética entre norma e fato. Feito este reparo, é forçoso reconhecer, entretanto, a natureza silogística da norma jurídica, que se expressa na fórmula “se A, então B”, em que A é o suporte fático legal e B a consequência jurídica ou efeito jurídico. Quanto ao poder discrecionário, a fórmula assumiria este aspecto: “se A, então B, C, D, E ou F”, cabendo à autoridade competente escolher qualquer uma delas, sem violação à lei.

A regra sobre competência poderá estatuir que, do elenco de atos legalmente possíveis, tenha o administrador a faculdade de escolher aquele que julgue mais conveniente e oportuno, bem como de determinar a feição concreta que o ato deverá ter. Tome-se, por exemplo, o uso privativo de bem público. Suponhamos que A requereu o uso privativo de determinado espaço da rua X, no centro da cidade, para ali instalar um quiosque de venda de revistas e jornais. À autoridade competente caberá decidir, em primeiro lugar, se irá ou não autorizar o uso privativo. Decidindo-se pela afirmativa, poderá ainda escolher, dentre as espécies de atos administrativos legalmente possíveis para a concretização da sua deliberação, aquela que entenda mais adequada.

Poderá, assim, eleger entre a permissão de uso ou determinar que seja feita concorrência, visando a celebração de contrato de concessão de uso. Na hipótese de ter sido escolhida a permissão de uso, haveria ainda o poder discrecionário de definir, dentro dessa categoria jurídica, se o ato seria a termo, sob condição ou puro e, pois, no último caso, revogável a qualquer tempo. Nos chamados atos administrativos de duplo grau, quando, na relação jurídica, há ato administrativo a que se liga negócio jurídico de Direito Privado (p. ex., concessão de empréstimo público ou de subvenção), o poder de determinação do conteúdo do ato administrativo que autoriza o empréstimo ou a subvenção é amplíssimo. Assim, uma vez decidido que a subvenção será concedida, pode a autoridade administrativa determinar que o seu valor será de NCz\$ 10.000,00 ou de NCz\$ 100.000,00 ou de NCz\$ 1.000.000,00, que os juros serão os do mercado ou

subsidiados, que deverão ser atendidas tais ou quais condições, que toda a importância ou só uma parte dela será a fundo perdido, etc. A liberdade do agente público aproxima-se, aí, sem com ela entretanto confundir-se, da liberdade que têm os particulares de determinar o conteúdo dos negócios jurídicos de Direito Privado.

10. É questionado na doutrina se além de existir poder discrecionário quanto ao “se” e ao “como” do ato administrativo. ou seja. quanto à escolha da categoria jurídica e à definição do seu conteúdo, haveria ainda poder discrecionário quanto ao fim do ato. É sabido que a atividade do Estado é sempre polarizada por um fim de utilidade pública. A vinculação a esse fim genérico, não transforma, porém, todo o ato administrativo em ato de cumprimento de dever jurídico, de sorte a eliminar qualquer margem de poder conferido ao agente. É evidente que o entendimento contrário, se levado às últimas consequências, teria como resultado a negação do poder discrecionário, como tem sido sustentado, aliás, por alguns autores integrados na corrente objetivista mais radical. A par do fim genérico, a que tende toda a atividade estatal, pode existir, e geralmente existe, um fim especial, que é o fim imediato do ato administrativo. O título de cidadão de Porto Alegre que a Câmara Municipal desta cidade concede anualmente a pessoas nascidas fora do município que tenham se distinguido em diferentes setores de atividades tem uma finalidade específica, que se inscreve no quadro da moldura mais ampla da utilidade ou do interesse público. Por vezes, o agente público tem a possibilidade de escolher a finalidade específica do ato, dependendo, é claro, da margem de poder que a lei lhe confere ao fixar a competência.

Se a lei, por exemplo, ao constituir poder de polícia, limita-se a declarar que os agentes públicos deverão tomar as medidas necessárias à preservação da ordem e da segurança pública, as providências que forem tomadas para a prevenção de incêndios, atingirão de uma só vez o fim específico do ato, fixado pela autoridade administrativa, e o fim genérico, expresso na lei ou que é inseparável da atividade do Estado.

### III. PODER DISCRICIONÁRIO E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

11. A discussão de poder discrecionário e conceitos jurídicos indeterminados têm em comum, ou não, o estabelecimento de uma área de livre apreciação, dentro dos limites legais, na realização da ação administrativa, é hoje mais do que centenária. Remonta ao confronto, estabelecido no direito austríaco, entre as posições de Bernazik e Tezner. O primeiro sustentava a existência de uma discrecionariedade técnica, pretendendo com isso referir-se à extrema complexidade com que frequentemente se apresentam os problemas administrativos. Estes suscitarão várias opiniões ou propostas de solução, a respeito das quais, porém - muito embora no plano estritamente lógico só possa existir uma única correta -, será frequentemente difícil ou mesmo impossível afirmar qual a mais acertada. Essa deficiência cognitiva é que estaria a impedir que o

Poder Judiciário, nesses casos, exerça controle, substituindo o juízo da administração pelo seu. Foi Tezner, entretanto, quem primeiro, na verdade, estabeleceu o discrimine entre poder discrecionário e conceitos jurídicos indeterminados. A distinção foi por ele realizada ao criticar a Corte Administrativa da Áustria, que considerara como poder discrecionário da Administração Pública e insuscetíveis de revisão judicial casos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, como “interesse público”, “paz e ordem pública”, “conveniência”, “necessidade”, etc.

A polêmica a propósito desse tema atravessa toda a República de Weimar e é retomada, com novo vigor, após a edição da Lei Fundamental, na Alemanha Federal.

A orientação hoje dominante no direito germânico é a de que os conceitos jurídicos indeterminados estão insertos no suporte fático legal (Tatbestand) e os problemas com eles relacionados resumem-se todos - ou pelo menos predominantemente - à interpretação da regra jurídica, diferentemente do que se passa com o poder discrecionário, que se constitui num poder de eleição da consequência ou do efeito jurídico (Rechtsfolge). Sendo assim, os conceitos jurídicos indeterminados são, em princípio, suscetíveis de exame judicial quanto à correção ou incorreção de sua aplicação, ou da subsunção do caso concreto no preceito abstrato, pois logicamente só existirá uma única aplicação certa.

12. O conceito jurídico indeterminado, exatamente por ser vago e impreciso, pode ser preenchido por vários conteúdos diversos (p. ex., “injúria grave”, “falta grave”, “conduta desonrosa”, “segurança nacional”, “utilidade pública”, “perigo”, “noite”, “moralidade pública”, “interesse social”), em contraste com outros conceitos jurídicos definidos e exatos (p. ex., a velocidade de 80 km horários; o prazo de 24 horas).

A respeito dos conceitos jurídicos indeterminados costuma-se referir à imagem extremamente plástica de Philipp Heck, segundo a qual eles teriam um núcleo de significação preciso e um halo periférico vago e nebuloso. Ninguém hesitaria, assim, em qualificar como falta grave a violenta agressão física praticada pelo funcionário subalterno contra o seu chefe que, cortesmente, apontara um erro no trabalho do subordinado. Por outro lado, a ninguém ocorreria considerar como falta grave o fato de o funcionário comparecer dois dias ao trabalho sem barbear-se. Na zona cinza, que é o limite entre o “conceito” e o “não-conceito”, isto é, entre o campo coberto pela norma jurídica e a área que por ela não é atingida, é que surgem todas as dificuldades.

13. Alguns dos conceitos jurídicos indeterminados são conceitos empíricos, pois referem-se a fatos, estados ou situações de natureza ou da realidade (p. ex. “escuridão”, “noite”, “perigo”, “perturbação”, “ruído”, “velocidade”, “morte”), outros são conceitos de valor (também chamados de conceitos normativos), pois exigem do intérprete ou do aplicador da norma uma apreciação em termos valorativos (p. ex., “conduta desonrosa”, “motivo torpe”, “culpa grave”, “falta grave”, “moralidade pública”, “interesse público”, “segurança nacional”).

Tanto os conceitos empíricos (especialmente quando sua aplicação envolve um



prognóstico, uma avaliação dos efeitos ou consequências que a medida terá no futuro), quanto os conceitos de valor, ao realizar-se a operação de subsunção frequentemente dão causa a dúvidas e perplexidades, determinando diversidade de opiniões. É comum, em torno de questões técnicas com que trata quotidianamente a Administração Pública (p. ex., no julgamento de licitação de uma obra pública, ao escolher-se a proposta “mais conveniente ao interesse público”) dividirem-se as opiniões dos expertos. Algo parecido ocorre com os conceitos de valor. Assim, na avaliação quanto à moralidade de um filme ou de um programa de televisão é habitual formarem-se posições diversas e contraditórias no meio da opinião pública e dos próprios órgãos administrativos do Estado.

14. Bem por isso é que na doutrina e na jurisprudência tem sido sustentado que, em tais casos, pode haver um controle jurisdicional limitado da aplicação pela Administração Pública de conceitos jurídicos indeterminados. Reconhece-se, desse modo, em favor dos órgãos administrativos do Estado, a existência de uma “área de apreciação” (*Beurteilungsspielraum*), como quer Bachof, ou a impossibilidade de o Judiciário substituir a decisão tomada pela Administração Pública ao eleger uma das várias soluções “sustentáveis” (*Vertretbaren*) ou razoáveis, como pretende Ule, pois em todas essas situações teria a Administração Pública o que Hans Julius Wolf chama de “prerrogativas de avaliação” (*Einschützungsprerogative*). Nesses casos altamente duvidosos, como a Administração Pública está mais perto dos problemas e, de regra, está mais bem aparelhada para resolvê-los, parece que só a ela deve caber a decisão final, não indo, pois, excepcionalmente, o controle judicial ao ponto de modificar ou de substituir a decisão administrativa.

Essa impossibilidade relativa do controle judicial da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados pela Administração Pública não os transforma, entretanto, em fonte de poder discrecionário. A diferença fundamental que há entre poder discrecionário e conceito jurídico indeterminado, no que se liga ao controle jurisdicional, está em que, no primeiro o controle restringe-se aos aspectos formais, externos, do ato resultante do seu exercício, ou aos seus pressupostos de validade (competência do agente, forma, desvio de poder, etc.), mas não entra na apreciação do juízo de conveniência ou oportunidade da medida - no mérito do ato administrativo, como se costuma dizer no direito brasileiro. Todavia, no pertinente aos atos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, o controle judicial é, em princípio, total, só esbarrando na fronteira da impossibilidade cognitiva de declarar se a aplicação foi correta ou equivocada. Ilustremos isso com dois exemplos. O ato do Governador do Estado que nomeia juiz para o Tribunal de Alçada, escolhendo-o da lista tríplice que lhe foi apresentada pelo Tribunal (CF, art. 94, parágrafo único), é típico exercício de poder discrecionário. Não cabe ao Judiciário dizer que atenderia melhor ao interesse público a nomeação de A ou B, que seriam mais capacitados para a função do que C, que foi o nomeado. Competirá, porém, ao Judiciário examinar inteiramente o ato administrativo que proibiu a venda de certo agrotóxico, por considerá-lo prejudicial à saúde pública, só restringindo sua



apreciação caso venha o próprio julgador a verificar que, a propósito da nocividade do produto, há várias opiniões técnicas divergentes, não podendo ele dizer qual seria a mais acertada.

15. Em conclusão, relativamente à diferença, quanto à sindicabilidade judicial, dos atos administrativos que aplicam conceitos jurídicos indeterminados e dos que envolvem exercício de poder discricionário é possível resumir tudo do seguinte modo:

(a) - O exame judicial dos atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados não está sujeito a um limite a priori estabelecido na lei. O próprio julgador, no instante de decidir, é que verificará se há um limite, ou não, ao controle judicial. Haverá limite se, em face da complexidade do caso, da diversidade de opiniões e pareceres, não podendo ver com clareza qual a melhor solução, não lhe couber outra alternativa senão a de pronunciar um non liquet, deixando intocada a decisão administrativa.

(b) - O exame judicial de atos administrativos que envolvem exercício de poder discricionário está, a priori, limitado pela lei, a qual fixou desde logo as linhas dentro das quais poderá a autoridade administrativa livremente tomar suas decisões. Dentro daquele espaço, qualquer uma delas será juridicamente incensurável e inexaminável pela autoridade judiciária.

Notadamente no que respeita à avaliação de exames, na apreciação da correção de questões formuladas em provas, para a verificação de conhecimento, em situações assemelhadas a estas e ainda naquelas que envolvem, também, a avaliação de funcionários ou servidores públicos, encontram-se exemplos na jurisprudência, tanto nacional quanto estrangeira, de controle limitado da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, os quais, aliás, aparecem freqüentemente confundidos com poder discricionário. A limitação tem causa na existência de juízo altamente pessoal ou no entrelaçamento do ato administrativo com aspectos pedagógicos.

16. É de registrar-se, finalmente, que muitas vezes, na mesma norma jurídica há a conexão de conceito jurídico indeterminado com poder discricionário. Nisso não há nada de singular. O intérprete deverá separar os dois conceitos e tratá-los de acordo com os princípios e regras que lhe são peculiares.

#### IV. EXERCÍCIO E LIMITES DO PODER DISCRICIONÁRIO

17. Os limites do poder discricionário são os traçados na lei que o instituiu ou os que resultam da ratio legis e do fim geral de utilidade pública, bem como das normas e princípios constitucionais conformadores da ação do Estado.

Dentro desses limites jurídicos estende-se a área de livre apreciação da Administração Pública, guiada pelos critérios da conveniência e oportunidade. É o território do mérito de ato administrativo, em que não é dado intrometer-se o Judiciário.

Poder-se-á criticar as decisões tomadas dentro dos limites da discricionariedade

ou entender que uma outra decisão seria melhor do que a escolhida. No entanto, uma vez que sejam observados os limites, as diferentes decisões ou atos possíveis são, sob o ângulo jurídico, intercambiáveis e fungíveis. Qualquer um deles satisfaz ao direito.

Em numerosas situações, designadamente quando se cuida do exercício do poder de polícia, a definição concreta dos limites do poder discrecionário não está estabelecida previamente. Tem o agente público apenas uma indicação extremamente vaga de que deve existir uma proporção entre a ação e a reação, entre a perturbação do interesse público, da ordem, da segurança ou da saúde pública e a medida de polícia que se destina a afastá-la. medida de polícia utilizada, é que se verificará, concretamente, se os limites do poder discrecionário foram ou não respeitados.

18. Aliás, em alguns casos, quando diante do fato concreto só cabe uma única medida possível, não se poderá sequer falar em poder discrecionário. A discricionariedade fica, aí, reduzida a nada, a zero, pela eliminação da possibilidade de escolha.

19. Hipótese interessante de modificação dos limites do poder discrecionário, ou até mesmo de sua eliminação, é aquela em que, apesar de a lei haver instituído o poder discrecionário, a uniformidade da conduta dos agentes públicos provoca a incidência de princípios constitucionais, como o da igualdade ou o da segurança jurídica ou boa-fé. O problema, no Brasil, tem sido escassamente tratado na doutrina e ainda não apareceu, ao que nos conste, na nossa jurisprudência. No direito estrangeiro, notadamente no francês e no alemão, tem dado causa, no entanto, a acesas discussões, especialmente no campo do direito administrativo da economia. A este propósito, já tivemos ocasião de observar: “No planeamento econômico é comum conceder-se ampla faixa de discricção ao administrador na concessão de estímulos, consistentes sobretudo em vantagens financeiras aos particulares. A distribuição desses benefícios nem sempre atende, no entanto, estritamente, ao preceito da igualdade. No direito francês, a orientação adotada, como não poderia deixar de ser, foi a de preservar, tanto quanto possível, a regra da igualdade, pela atenta comparação dos casos. Distinguem os franceses, a esse propósito, entre “situations comparables et non comparables” (Laubadere, André de, *Droit Public Economique*, Paris, Dalloz, 1980, p. 287 e segs.). Mas, indaga Laubadere, “que gênero e que grau de diferença dever-se-á considerar como critério da não comparabilidade das situações e que fazem com que medidas aparentemente discriminatórias não violem o princípio da igualdade de tratamento”. E é o mesmo autor quem responde: “Conquanto a jurisprudência seja extremamente abundante nesta matéria, não é possível extrair dela uma definição ou um fio condutor” (id., *ibid.*, p. 288). Admite-se, contudo, no direito francês a desigualdade de comportamento da Administração Pública, desde que a medida tenha sido tomada no interesse geral. É ainda Laubadere quem sinala haver o Conselho de Estado se recusado, em numerosos casos, anular atos discriminatórios do Poder

Público sob o argumento de que “não ficou estabelecido que a medida criticada inspirou-se em considerações estranhas ao interesse geral” (id., *ibid.*, p. 290-1). O direito público alemão parece ter avançado mais, no resguardo do princípio superior

da igualdade. Enquanto, como acabamos de observar, no direito francês o Conselho de Estado admite francamente a ruptura do princípio, desde que as providências da

Administração Pública, no exercício do poder discrecionário, tenham perseguido o interesse geral, e não hajam resultado, portanto, de causas ou razões subalternas (o que caracterizaria, aliás, o desvio de poder), no direito germânico firmou-se modernamente a orientação de que a reiterada conduta da Administração Pública num determinado sentido, ainda que no exercício do poder discrecionário, implica uma “auto-vinculação” (Selbstbindung). Comentando este entendimento, que é hoje indiscutido no Direito Alemão, diz o constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho que “a igualdade imposta pelo princípio do Estado de Direito, é constitucionalmente consagrada, é a igualdade perante todos os atos do poder público.

É nesse contexto que se fala hoje no princípio da auto-vinculação da administração. Mesmo nos espaços de exercício discrecionário (Ermessensrichtlinie), o princípio de igualdade constitucional impõe que se a administração tem repetidamente ligado certos efeitos jurídicos a certas situações de fato, o mesmo comportamento deverá adotar em casos futuros semelhantes. O comportamento interno transforma-se, por força do princípio da igualdade, numa relação externa, geradora de direitos subjetivos dos cidadãos. A praxe administrativa ou o uso administrativo serão aqui um elemento importante para a demonstração de violação ou não do princípio da igualdade. Com razão se caracterizou o princípio da igualdade, nestes casos, como norma de comutação (Umschaltnorm), isto é, uma norma que opera a comutação de linhas de orientação interna discrecionária em preceitos jurídicos externos, juridicamente vinculados” (Direito Constitucional, Coimbra, Almedina, 1971, v. 2, p.51). Esta parece ser a correta solução para o problema, tendo-se presente que o agente público, no exercício do poder discrecionário, não é absolutamente livre” (Problemas Jurídicos do Planeamento, RDA, 170:1-17, Rio de Janeiro, out/dez. 1987).

20. Os vícios relacionados com o exercício do poder discrecionário podem ser de várias espécies:

(a) - transgressão dos limites do poder discrecionário - verifica-se quando o agente público desrespeita as balizas legais fixadas ao seu poder discrecionário. (p. ex., se a lei estabelece competência para aplicar multa entre Cr\$ 100,00 e Cr\$ 500,00 e a multa imposta foi de Cr\$ 600,00 ou de Cr\$ 50,00) .

(b) - abuso ou desvio do poder discrecionário - caracteriza-se quando o agente público pratica o ato visando a um fim - público ou privado, pouco importa - diverso daquele previsto na regra de competência ou para a qual o poder discrecionário foi instituído (p. ex., transferência de funcionário, não por necessidade de serviço, mas por vingança pessoal; desapropriação de um bem porque o proprietário faz oposição ao governo; utilização do poder de polícia para fins fiscais). É o caso clássico de desvio de finalidade ou de détournement de pouvoir do direito francês.

(c) - não-exercício ou exercício deficiente do poder discrecionário, por erro do

agente - ocorre quando o agente público acredita que sua faixa de escolha é menor do que a lei efetivamente lhe concede ou que sua competência é vinculada, ou que simplesmente não dispõe de competência alguma, quando em realidade está investido de poder discricionário. O erro poderá decorrer, em princípio, tanto de um equivocado entendimento da norma quanto de uma inexata apreciação dos fatos. Poderá ser, portanto, tanto de direito, quanto de fato.

21. Nas hipóteses a e b a consequência jurídica será a absoluta invalidade do ato. Na hipótese c o erro da autoridade que praticou o ato, se consistir em *error iuris* será, via de regra, juridicamente irrelevante e, se for *error facti*, poderá dar causa à anulação de ato jurídico, o qual, entretanto, não será nulo de pleno direito. A omissão do agente, que se crê incompetente, poderá ser interpretada como denegatória de pedido de particular, caso transcorra prazo razoável, que, no Direito Brasileiro, se tem entendido que é de 30 dias.

## V. CONTROLE JUDICIAL DO PODER DISCRICIONÁRIO

22. A história, no Brasil, do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, tem evidenciado uma constante ampliação da revisão judicial.

Neste particular, os lineamentos básicos da judicial review no Direito Brasileiro foram postos, nos primórdios da República, apesar de algumas imprecisões técnicas evidentes e de algumas repetições inúteis, pela Lei nº 221, de 1894, que, ao estabelecer a organização da Justiça Federal, assim dispunha, no art. 13, 9º:

“a) Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não-aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento dos atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade.

b) A medida administrativa, tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário, somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder.”

Afirmava-se, desse modo, que os limites do controle judicial começavam onde se iniciava o mérito ou o merecimento do ato administrativo - expressões tomadas de empréstimo ao direito italiano, mas que deitaram raízes sólidas no nosso direito - não se permitindo que o exame se estendesse aos aspectos da conveniência ou oportunidade.

É certo que, num primeiro momento, logo após a edição da Lei nº 221, entraram em conflito concepções de duas vertentes distintas: uma inspirada no Direito Constitucional dos Estados Unidos, que estendia o controle dos tribunais comuns sobre todos os atos da Administração Pública e outra inspirada no Direito Francês, então largamente conhecido pelos nossos publicistas, que adota, como é sabido, o princípio da dupla jurisdição, impedindo que os tribunais comuns examinem os atos do Executivo.

Conquanto a Constituição de 1891, então vigente, seguisse, quanto ao controle judicial, o modelo americano, houve quem sustentasse, com abundantes citações de autores franceses e belgas, em discursos parlamentares e em obras de doutrina, a impossibilidade de o Judiciário pronunciar-se sobre a invalidade de ato administrativo, pelo vício de incompetência, pois isto seria hostil ao princípio da separação e harmonia dos poderes constitucionalmente assegurado (Viveiros de Castro, *Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo*, Rio, 1914, p. 679 e ss.).

23. Não foi esta, entretanto, a orientação observada pelo Supremo Tribunal Federal que, desde cedo, fixou o entendimento de que os limites de investigação do Poder Judiciário eram os levantados pelo mérito dos atos administrativos.

Tudo estava, entretanto, em definir o que fosse o mérito do ato administrativo.

Assim, por longo tempo, decidiram nossos tribunais que o ato administrativo de demissão de funcionário público, embora a lei previsse causas perfeitamente definidas, só poderia ser apreciado sob os aspectos externos (competência do agente, observância da forma, regularidade do inquérito, etc.), mas que não caberia ao Judiciário analisar a prova para verificar se efetivamente estava caracterizada a hipótese legal a que a norma vinculava a consequência jurídica de demissão. Isso seria pronunciar-se sobre a justiça ou injustiça ou sobre o mérito do ato administrativo. Ainda em 10 de junho de 1942 decidia o Supremo Tribunal Federal que, apurada “falta administrativa em processo regular, contra a qual nada se arguiu, não cabe ao Poder Judiciário examinar a prova nele produzida para saber se a pena de admissão foi exagerada ou não” (RDA, 3:92; Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, 1950, p. 180).

Os protestos da doutrina e que eram formulados também em votos vencidos de alguns ministros do Supremo Tribunal Federal acabaram modificando, na década de 1950, aquela equivocada interpretação que transformava um ato administrativo vinculado em ato administrativo de exercício de poder discrecionário.

24. Bem mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal negou a existência de poder discrecionário dos Tribunais de excluir, imotivadamente e por deliberação tomada em sessão secreta, qualquer candidato ao cargo de juiz da lista dos concorrentes (RDP, 85: 175, 1988). Tratava-se de prática antiga e abusiva dos tribunais brasileiros, até não faz muito por eles utilizada para impedir o acesso das mulheres aos cargos da judicatura, em franca violação do princípio geral da isonomia e da igualdade de acesso aos cargos públicos.

25. Ainda com relação ao ingresso no serviço público, o Judiciário brasileiro tem sujeitado ao seu controle, sempre com a ressalva de que não está se intrometendo no mérito do ato administrativo, casos em que, em prova realizada em concurso público, a resposta reputada como certa pela Administração Pública é manifestamente errada (TJRS, 79:272, 1980) ou quando, constando de Edital que as questões seriam de escolha simples (uma única resposta correta), verificou-se que havia, pelo menos,

duas respostas que seriam corretas (TJRS, 71:225, 1978; 73:297, 1979; 74:261, 1979; 97:270, 1983); ou quando, na valorização de títulos, a Administração Pública adota critérios desiguais para os candidatos (TJRS, 114:222, 1986). Decidiu, porém, o STF que a adoção de critério de correção, que consiste em atribuir nota negativa às questões objetivas respondidas erradamente, “não contraria nenhuma disposição legal ou regulamentar”, não ferindo, portanto, qualquer direito subjetivo dos concorrentes (RTJ, 104:993, 1983).

Na verdade, questões formuladas em prova que só admitem, objetivamente, uma única resposta certa, não abrem espaço à Administração Pública para considerar como correta outra resposta que não aquela. Não há, nestes casos, qualquer poder discrecionário. De resto, seria absurdo admitir a existência do poder discrecionário de transformar o falso em verdadeiro e vice-versa. O que ordinariamente ocorre é hipótese de aplicação de conceito jurídico indeterminado, onde, como se viu, o controle judicial é amplo e total, só se restringindo em face das peculiaridades do caso concreto, quando faleçam elemento ao julgadores para identificar, dentre as várias soluções razoáveis possíveis, qual delas seria a melhor. Nada impede assim, como já foi aliás, decidido, que o Judiciário proceda à verificação da existência, ou não, de “valor histórico e artístico” de determinado bem, para examinar a legalidade do ato jurídico de tombamento (RDA. II. fasc. I: 124, 1945).

26. Modernamente surgiu, em toda parte, a tendência a apertar o controle judicial sobre os atos administrativos, fundada no argumento de que quando a norma jurídica concede poder discrecionário ao administrador, tal poder há de ser exercido de forma que a decisão seja a que melhor atenda ao interesse público.

Por mais sedutora que possa parecer esta idéia, tem ela contra si, desde logo, as numerosas situações em que a própria lei claramente equipara as alternativas possíveis (p. ex., nomeação de juiz ou servidor mediante escolha de uma lista de nomes; nomeação para cargo em comissão; concessão de títulos e condecorações; outorga de autorização). Nas demais hipóteses, o que se há de verificar são os reais limites do poder discrecionário. Já vimos que a definição desses limites consiste, freqüentemente, numa tarefa complexa, pela multiplicidade de elementos que devem ser levados em conta: o fim perseguido pela lei; os princípios e regras constitucionais; os princípios fundamentais do direito administrativo; a proporcionalidade entre o ato administrativo e o fato que o determinou. etc. O espaço que restar, após a consideração desses variados fatores, será o poder discrecionário dos agentes administrativos. Nesse campo, diferentemente do que se passa com a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, não poderá o Poder Judiciário imiscuir-se. Não será, aliás, inoportuno lembrar que a distinção hoje plenamente consolidada entre poder discrecionário e conceitos jurídicos indeterminados teve a consequência prática de sujeitar de forma integral, na generalidade dos casos, uma larga fatia do que antes se considerava poder discrecionário ao controle judicial.

27. O poder discrecionário, não é, em conclusão, um resíduo do absolutismo

que ficou no Estado de Direito, nem um anacronismo autoritário incrustado no Estado contemporâneo. Ele não pode ser visto como uma anomalia ou como um vírus que deva ser combatido até a extinção. Trata-se, simplesmente, de um poder contido pela lei e pelo controle judicial dos pressupostos formais do seu exercício, um poder sem o qual seria impossível a atividade criadora e plasmadora do futuro exercida pela Administração Pública.